



CWaPE
Commission
Wallonne
pour l'Energie

Date du document : 25/06/2020

NOTE D'EXAMEN

CD-20f25-CWaPE-0065

LA COMMUNICATION PAR RECOMMANDÉ ÉLECTRONIQUE DANS LE CADRE DES ARRÊTÉS DU GOUVERNEMENT WALLON DU 30 MARS 2006 RELATIFS AUX OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC DANS LE MARCHÉ RÉGIONAL DU GAZ ET DE L'ÉLECTRICITÉ

1. CONTEXTE

Dans le cadre des échanges intervenus début 2020 entre la CWaPE et les acteurs de marché au sujet de la mise en œuvre des modifications de la réglementation relative aux obligations de service public (OSP) entrées en vigueur en 2019, une discussion a été ouverte concernant les modes de communication électroniques.

À l'initiative d'acteurs de marché, mais également de prestataires de services spécialisés dans la digitalisation des flux administratifs, une demande a été formulée à la CWaPE sur l'admission, au regard de la réglementation wallonne applicable au marché du gaz et de l'électricité, de nouveaux modes de communication électroniques envers les utilisateurs de réseau.

Ces acteurs, s'appuyant sur des réglementations européennes et fédérales, souhaitent connaître la position de la CWaPE sur la possibilité d'envoi de courrier recommandé électronique dans le cadre des procédures de non-paiement et de défaut de paiement régies par les AGW du 30 mars 2006 relatifs aux obligations de services publics dans les marchés régionaux du gaz et de l'électricité¹.

Par courriel du 25 mars 2020, la Direction générale Réglementation économique, Division Télécommunications et Société de l'Information, du SPF Economie a fait savoir à la CWaPE qu'à son estime, le refus du courrier recommandé électronique se heurterait à la législation fédérale et européenne, telle que présentée au point 2.

La présente note entend présenter le cadre légal existant en matière d'envoi recommandé électronique, l'analyse qu'en fait la CWaPE au regard de la réglementation wallonne relative aux obligations de service public, et, en application de celle-ci, clarifie la position juridique de la CWaPE concernant ce mode de communication.

L'analyse menée par la CWaPE s'inscrit plus globalement dans son engagement, consacré dans sa feuille de route², à « *contribuer à la stabilisation, à la simplification et à l'accessibilité du cadre réglementaire et législatif pour donner confiance et offrir une sécurité juridique aux investisseurs et aux consommateurs* ».

2. CADRE LÉGAL

L'envoi recommandé par voie électronique a fait l'objet de diverses interventions législatives tant au niveau européen qu'au niveau national.

2.1. **En droit européen**

Le recours à la lettre recommandée présente un intérêt certain pour établir la réalité d'un envoi, la date de celui-ci ou encore de sa réception par le destinataire. Dans un contexte où l'envoi d'information par voie électronique se généralisait, il importait de reconnaître cette possibilité de communication en l'encadrant d'une série de garanties que revêt le courrier recommandé traditionnel (par voie postale).

¹ Arrêté du Gouvernement wallon relatif à l'organisation du marché de l'électricité du 30 mars 2006 (ci-après : « AGW OSP Electricité ») (M.B. 27/04/2006), particulièrement chapitre 4, sections 2, 3 & 4, et Arrêté du Gouvernement wallon relatif à l'organisation du marché du gaz du 30 mars 2006 (« ci-après : « AGW OSP Gaz ») (M.B. 27/04/2006), particulièrement chapitre 4, sections 2 & 3

² Feuille de route à l'horizon 2022, disponible sur le site Internet de la CWaPE : <https://www.cwape.be/?dir=1.4>

Ne présentant pas les mêmes garanties que le courrier recommandé postal, l'Union européenne a, avec le Règlement 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur (appelé également « Règlement eDIAS »), souhaité *instaurer un climat de confiance dans l'environnement en ligne*, estimant que *si les consommateurs, entreprises et autorités publiques n'ont pas confiance, notamment en raison d'un sentiment d'insécurité juridique, ils hésiteront à effectuer des transactions par voie électronique et à adopter de nouveaux services*³.

C'est donc avec l'intention d'accroître la confiance des consommateurs et entreprises que ce règlement a établi un cadre juridique pour une série de services dits « de confiance »⁴, parmi lesquels les envois recommandés électroniques.

Ceux-ci sont définis par l'article 3, 36° du Règlement 910/2014 comme suit « *service qui permet de transmettre des données entre des tiers par voie électronique, qui fournit des preuves concernant le traitement des données transmises, y compris la preuve de leur envoi et de leur réception, et qui protège les données transmises contre les risques de perte, de vol, d'altération ou de toute modification non autorisée* ».

Pour bénéficier du statut « qualifié », les envois recommandés électroniques doivent répondre à une série d'exigences définies à l'article 44.1 :

« Les services d'envoi recommandé électronique qualifiés satisfont aux exigences suivantes:

- a) ils sont fournis par un ou plusieurs prestataires de services de confiance qualifiés;*
- b) ils garantissent l'identification de l'expéditeur avec un degré de confiance élevé;*
- c) ils garantissent l'identification du destinataire avant la fourniture des données;*
- d) l'envoi et la réception de données sont sécurisés par une signature électronique avancée ou par un cachet électronique avancé d'un prestataire de services de confiance qualifié, de manière à exclure toute possibilité de modification indétectable des données;*
- e) toute modification des données nécessaire pour l'envoi ou la réception de celles-ci est clairement signalée à l'expéditeur et au destinataire des données;*
- f) la date et l'heure d'envoi, de réception et toute modification des données sont indiquées par un horodatage électronique qualifié.*

Dans le cas où les données sont transférées entre deux prestataires de services de confiance qualifiés ou plus, les exigences fixées aux points a) à f) s'appliquent à tous les prestataires de services de confiance qualifiés. »

Concernant les dispositions évoquées ci-dessus, il convient d'observer que si le Règlement instaure un cadre devant permettre une reconnaissance mutuelle des Etats membres face à certains services de confiance, dont fait partie le courrier recommandé électronique qualifié, il ne fait par contre pas état des hypothèses dans lesquelles le recommandé électronique qualifié doit être utilisé. Il incombe aux Etats membres de définir souverainement ces hypothèses.

³ Considérant 1^{er} du Règlement 910/2014 du 24 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur

⁴ Le Règlement eIDAS encadre en outre la signature électronique, le cachet électronique, l'horodatage électronique et l'authentification de site Internet

2.2. En droit interne

En droit interne, on retrouve, selon une certaine doctrine, la consécration du recommandé électronique dans un arrêté royal du 9 juin 1999⁵ dans lequel, l'article 144octies prévoit, en son paragraphe 2 : *“Pour la protection de l'intérêt général et de l'ordre public, le service des envois recommandés utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives sont également réservés à La Poste et ce, quel qu'en soit le support”*. L'un des enseignements qui se dégagerait de cette disposition est que le recommandé électronique se voit reconnaître des effets comparables au recommandé traditionnel, puisque cette disposition prévoit que le courrier recommandé peut exister sous d'autres formes (électronique notamment)⁶.

Outre cette disposition (« d'origine »), la possibilité d'envoi par courrier recommandé électronique qualifié est consacrée dans la législation interne par la loi du 21 juillet 2016⁷ qui a introduit cette possibilité dans le livre XII du Code de droit économique ainsi que celle de recommandé électronique *hybride*. On notera également la loi du 26 janvier 2018 qui impose une interprétation par voie d'autorité de la notion de « courrier recommandé », ou toute autre notion apparentée, comme devant inclure celle de recommandé par voie électronique qualifié.

A. Code de droit économique, livre XII – *Droit de l'économie électronique*, art. 15 (in Chapitre 5 : Contrats conclus par voie électronique):

« § 1er. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées.

§ 2. Pour l'application du § 1er, il y a lieu de considérer :

- que l'exigence d'un écrit est satisfaite par un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposés sur un support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission;*
- que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 3.10. du règlement 910/2014, 2 soit à l'article 3.12. du règlement 910/2014;*
- que l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier.*

B. Code de droit économique, livre XII - *Droit de l'économie électronique*, art. 25, §7 (in Titre 2 – *Certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance*, Chapitre 2 – Principes généraux)

« § 7. Sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières, lorsqu'un envoi recommandé est imposé, de manière expresse ou tacite, par un texte légal ou réglementaire, cette obligation est présumée satisfaite par le recours à un service d'envoi recommandé électronique qualifié.

⁵ Arrêté royal du 9 juin 1999 transposant les obligations découlant de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service.

⁶ MONTERO E., « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, cahiers du C.R.I.D., n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 69-99

⁷ Loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII " Droit de l'économie électronique " du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique (M.B. 28.09.2016)

Sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières, lorsqu'un envoi recommandé est imposé de manière expresse par un texte légal ou réglementaire, il est recouru à un service d'envoi recommandé électronique qualifié si l'utilisateur du service opte pour la voie électronique. »

Remarque : les envois recommandés électroniques hybrides

Il est utile de noter que la loi du 21 juillet 2016 complète, dans son annexe II, les dispositions prévues par le règlement eIDAS en encadrant également le recommandé *hybride* : le prestataire de services de confiance qualifié qui offre des services d'envoi recommandé électronique qualifié doit ainsi respecter les exigences de l'annexe II. Concrètement, il s'agit de matérialiser, au format papier, un envoi recommandé initialement généré au format électronique, pour le mettre sous enveloppe, et l'expédier physiquement par voie postale.

Cette annexe est libellée comme suit :

Exigences concernant le service d'envoi recommandé électronique qualifié

De l'envoi recommandé hybride.

Le prestataire d'un service d'envoi recommandé électronique qualifié peut, à la demande de l'expéditeur, procéder à la matérialisation de l'envoi recommandé sous forme papier et à sa mise sous enveloppe.

Le cas échéant, le prestataire remet l'envoi recommandé électronique matérialisé à un prestataire de services postaux, au plus tard le jour ouvrable suivant le dépôt par l'expéditeur de l'envoi recommandé électronique qualifié. Le prestataire de services postaux est en possession d'une licence attribuée par l'IBPT en vertu des dispositions réglementaires applicables.

Le prestataire informe l'expéditeur de la date à laquelle l'envoi a été physiquement déposé auprès du prestataire de services postaux.

La date figurant sur l'accusé d'envoi recommandé électronique est assimilée à la date du dépôt de l'envoi recommandé auprès d'un prestataire de services postaux, pour autant que l'envoi ne soit plus modifiable ni annulable par l'expéditeur. La date figurant sur l'accusé d'envoi recommandé électronique doit également figurer sur ou dans l'envoi matérialisé.

Le prestataire conserve les preuves de dépôt des envois auprès de l'opérateur postal pendant cinq ans.

Le partage des responsabilités entre le prestataire d'un service d'envoi recommandé électronique qualifié et le prestataire de services postaux doit être spécifié à l'expéditeur dans les conditions du service.

C. Loi relative aux services postaux du 26 janvier 2018, Chapitre 7 – Dispositions diverses, art. 27

*« Art. 27. Dans toutes les lois relatives aux matières visées à l'article 74 de la Constitution et leurs arrêtés d'exécution, les mots "envoi recommandé à la poste", "lettre recommandée à la poste", "pli recommandé à la poste", ou toute autre référence du même type, **doivent être compris au sens d'"envoi recommandé"** tel que défini à l'article 2, 9°, de la présente loi **ou d'envoi recommandé électronique** conformément au règlement (UE) n° 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, et ce quel que soit le prestataire de services postaux par lequel cet envoi a été délivré. Dans un délai de vingt-quatre mois suivant l'entrée en vigueur de la présente disposition, le Roi peut effectuer toutes les modifications purement formelles nécessaires pour adapter les dispositions concernées en ce sens. »*

2.3. Contrôle des prestataires de service de confiance qualifiés

Les prestataires de services de confiance établis en Belgique sont soumis à la surveillance d'un organe de contrôle créé au sein du SPF Economie : le Service Certification Electronique (Direction Générale de la Qualité et de la Sécurité). Celui-ci s'assure que les prestataires satisfont aux exigences légales, répertorie ceux qui répondent aux exigences de prestataires de services de confiance qualifiés, et les services qualifiés qu'ils proposent.

2.4. Effets juridiques attachés aux services de confiance qualifiés ou non qualifiés

Le règlement eIDAS opère une distinction importante entre services de confiance qualifiés et non qualifiés. Les services de confiance qualifiés, et les prestataires qui les offrent, sont soumis à de nombreuses conditions relativement strictes, ce qui n'est pas le cas pour les services non qualifiés.

Ce qui justifie le recours à un type de service plutôt qu'à l'autre consiste principalement dans les effets juridiques qui y sont liés, et à la prévisibilité juridique qui en découle.

En effet, tous les services de confiance qualifiés bénéficient d'une clause d'assimilation ou de présomptions, dispensant ainsi son utilisateur de la charge de la preuve en cas de contestation. Ainsi, l'article 43.2. dispose que « *Les données envoyées et reçues au moyen d'un service d'envoi recommandé électronique qualifié bénéficient d'une présomption quant à l'intégrité des données, à l'envoi de ces données par l'expéditeur identifié et à leur réception par le destinataire identifié, et à l'exactitude de la date et de l'heure de l'envoi et de la réception indiquées par le service d'envoi recommandé électronique qualifié* ».

A l'inverse, les services de confiance non qualifiés bénéficient « uniquement » de la clause de non-discrimination qui consiste à considérer que l'effet juridique et la recevabilité du service de confiance non qualifié comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que ce service se présente sous une forme électronique ou qu'il ne satisfait pas aux exigences du même service de confiance qualifié. En cas de contestation, il appartient donc à l'utilisateur de ces services d'apporter la preuve que ceux-ci sont suffisamment fiables et de tenter de convaincre le juge qu'ils offrent les garanties normalement attendues de ces services.

2.5. La communication électronique dans les AGW OSP

Les AGW OSP ne mentionnent pas expressément la possibilité d'envoi recommandé électronique (qualifié).

Il convient toutefois d'observer que, dans son avis du 24 juin 2016, la CWaPE a proposé l'introduction d'une disposition autorisant expressément l'usage des voies électroniques pour une série de communications prévues dans les AGW OSP. Cette proposition était formulée comme suit :

« La CWaPE propose ci-dessous d'insérer dans le chapitre 2 et le chapitre 3 du projet d'AGW un article qui vise essentiellement les communications faites par le fournisseur ou par le GRD aux clients et aux CPAS, et inversement.

« Art. X Sans préjudice des dispositions du règlement technique pour la gestion du réseau de distribution relatives à l'échange d'information et hormis les cas où la formalité du recommandé est imposée, tous les rappels, accusés de réception, communications, notifications ou autres échanges d'informations prévus dans le présent arrêté peuvent s'effectuer par courrier électronique moyennant accord exprès et préalable des destinataires. »⁸

Lors de l'adoption de cet arrêté du gouvernement wallon⁹, cette proposition n'a pas été retenue.

Nonobstant cette absence de mention expresse dans les AGW OSP, il convient de relever que l'application de l'article 27 de la loi sur les services postaux doit suffire à permettre l'envoi de recommandé électronique (qualifié) dans les hypothèses visées dans les AGW OSP.

En effet, l'article 27 de la loi sur les services postaux interprète le terme « courrier recommandé » comme incluant le « recommandé électronique » dans toutes les matières visées à l'article 74 de la Constitution, à savoir les matières fédérales.

Ce qui conduirait à soutenir que cette disposition devrait également s'appliquer aux hypothèses de courrier recommandé, visées dans les AGW OSP, est que la relation entre le consommateur d'énergie et son ou ses fournisseurs est une matière largement fédérale. Les AGW OSP apportent un cadre supplémentaire de protection dans une relation contractuelle soumise aux règles du Code civil et du Code de droit économique (et autres éventuelles règles fédérales applicables à cette situation).

Par ailleurs, la notion « d'envoi recommandé » étant définie par une loi, cette notion relève davantage d'une matière fédérale que d'une matière régionale (art. 2, 9° loi relative aux services postaux).

Dès lors, en suivant ce raisonnement, l'envoi du recommandé électronique (qualifié) se justifierait sur base :

- De la loi relative aux services postaux, **lorsque le client a conclu un contrat par voie papier (= autre qu'électronique)** ;
- De la loi relative aux services postaux & du CDE, lorsque **le client a conclu un contrat par voie électronique**.

Aussi, et à titre plutôt informatif, il convient de mentionner un décret ainsi qu'un AGW qui consacrent ces mêmes règles dans le droit wallon, mais dont le champ d'application *ratione personae* et *materiae* diffèrent. Il s'agit du décret du 27 mars 2014 relatif aux communications par voie électronique entre les usagers et les autorités publiques wallonnes (spécialement l'art. 3, §1er) et l'AGW du 12 juin 2014 relatif aux communications par voie électronique et à l'échange électronique de messages par le biais de l'eBox entre les usagers et les autorités wallonnes (spécialement l'art. 6).

Si, on en conviendra, ces textes ne trouvent pas à s'appliquer dans le cadre des courriers de mise en demeure visés par les AGW OSP car ils s'appliquent aux matières visées à l'article 138 de la Constitution (régionales), ces textes semblent traduire une volonté d'introduire le recommandé électronique (qualifié) en droit wallon.

⁸ Avis de la CWaPE du 24 juin 2016, CD-16f16-CWaPE-1593, sur 'l'avant-projet d'arrêté du Gouvernement wallon modifiant l'arrêté du 30 mars 2006 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité, l'arrêté du 30 mars 2006 relatif aux obligations de service public dans le marché du gaz, l'arrêté du 17 juillet 2003 relatif la commission locale d'avis de coupure, abrogeant l'arrêté du 16 janvier 2014 relatif à l'obligation de service public à charge des gestionnaires de réseau de distribution favorisant l'utilisation rationnelle de l'énergie, adopté en 1re lecture le 28 avril 2016, pp. 29-30

⁹ Arrêté du Gouvernement wallon du 19 juillet 2018 modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 mars 2006 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité, l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 mars 2006 relatif aux obligations de service public dans le marché du gaz et l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 juillet 2003 relatif à la commission locale d'avis de coupure (M.B. 12/10/2018)

3. POSITION DE LA CWAPE

Eu égard à ce qui précède, la CWAPE admet les envois recommandés électroniques par des prestataires de services de confiance dans toutes les hypothèses visées par les AGW OSP où un courrier recommandé est exigé.

La CWAPE incitera les fournisseurs à veiller à la bonne information de leurs clients quant au recours, le cas échéant, au recommandé électronique, auquel le client aura préalablement consenti dans le cadre des conditions contractuelles proposées.

Compte tenu de ce que les effets juridiques attachés au recommandé électronique qualifié offrent une plus grande sécurité juridique en comparaison au recommandé électronique non-qualifié, la CWAPE prône le recours au recommandé électronique qualifié par le fournisseur souhaitant faire appel aux services électroniques.

La présente position sera communiquée au SPW Energie pour toutes suites jugées nécessaires.

* *
*